

# Acordos Processuais no Processo Penal

Antonio do Passo Cabral\*

## Sumário

1. Introdução. 2. Previsão de Inúmeras Convenções Processuais em Diversos Outros Ordenamentos Jurídicos. 3. Convencionalidade em Campos do Direito Processual Público. 4. A tendência de Convencionalidade no Direito Penal e Sancionador. 5. A possibilidade de Negociação em Improbidade Administrativa. 6. Ações Coletivas e Termo de Ajustamento de Conduta. 7. O Novo CPC e os Mecanismos de Autocomposição dos Litígios. 8. A Diferença entre Negócios Processuais e Negócios de Direito Material. A Indisponibilidade do Direito Não Impede a Negociação sobre o Processo. 9. Algumas Diferenciações e Esboço de Critérios para a Convencionalidade: Processo Penal Condenatório e Não Condenatório, Ações Penais Públicas e Ações Penais Privadas. 10. A Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público. 11. Conclusão. Bibliografia.

## 1. Introdução

O art.15 do Código de Processo Civil de 2015 estabelece um verdadeiro “diálogo de fontes” no direito processual brasileiro. O dispositivo admite aplicação ao processo do trabalho, administrativo e eleitoral, não apenas de maneira subsidiária, mas também *supletiva*, no sentido não só de integrar (suprir lacunas por analogia), mas também de *complementar* a regulação já existente na legislação específica. E o art.15 do CPC/2015 vem se juntar ao art.3º do Código de Processo Penal neste diálogo de fontes: ao processo penal devem ser aplicadas as disposições do CPC. E esta aplicação, em nosso sentir, pode ser empreendida também em caráter supletivo, não apenas subsidiário, até porque muitas regras do CPC/2015 são detalhamento de normas constitucionais, que incidem simultaneamente ao processo criminal e ao processo de natureza não criminal (administrativo, do trabalho, civil, eleitoral etc).<sup>1</sup>

Vejam-se, apenas a título de breve exemplo, as normas fundamentais (arts. 1º a 11 do CPC), como o contraditório (arts.7º, 9º e 10 do CPC) ou a duração razoável do processo (art.4º do CPC), que são espelho de princípios com base constitucional (art.5º da CR/88); as regras que disciplinam o sistema de precedentes (art.926, 927 do CPC), que decorrem da segurança jurídica, extraída da cláusula constitucional do

\* Pós-doutor pela Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne). Doutor em Direito Processual pela UERJ em cooperação com a Universidade de Munique, Alemanha (Ludwig-Maximilians-Universität). Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador da República no Rio de Janeiro. Professor Adjunto de Direito Processual Civil e Teoria Geral do Processo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Livre-docente pela Universidade de São Paulo (USP). Professor visitante na Universidade de Passau (Alemanha).

<sup>1</sup> Destacando este diálogo ARRUDA, Élcio. Impactos do novo Código de Processo Civil no processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 23, nº 92, out./dez, 2015, p.211-212.

Estado de Direito (art.1º da CR/88); as disposições sobre a fundamentação das decisões judiciais (art.11 e 489 §1º do CPC), que, apesar da sucinta – mas existente – dicção do art.381 do CPP, devem ser aplicadas ao processo penal por serem uma concretização do preceito do art.93, IX da CR/88; o procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas (art.976 e seguintes do CPC) e os recursos extraordinário e especial repetitivos (art.1.036 e seguintes do CPC), técnica que há muito já era aplicada ao processo penal pelo STJ, ainda na vigência do art.543-C do CPC/73, entre muitas outras normas que são totalmente compatíveis com o processo penal.<sup>2</sup>

A par deste diálogo de fontes entre o Código de Processo Civil e o processo penal, que é fértil nas potencialidades aplicativas do CPC ao processo-crime, o estreito objetivo deste texto é explorar a possível utilização dos negócios jurídicos processuais (sobretudo das convenções processuais) no processo penal.

Por meio de negócios jurídicos, as partes estipulam regras de procedimento – derogando a incidência da regra legal (que de outra maneira teria aplicação natural) – ou dispõem sobre suas situações jurídicas processuais. A discussão vem revigorada no Código de Processo Civil de 2015 pela consagração de uma cláusula geral de convencionalidade:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Numa primeira aproximação, diversos colegas processual-criminalistas têm sustentado que tais disposições não seriam aplicáveis ao processo penal: a disposição das partes sobre o processo, em caráter vinculativo para o juiz, seria algo próprio do processo civil e inofensivo ao caráter público do processo penal, onde os interesses materiais envolvidos seriam “mais sensíveis” ou “pertenceriam à sociedade”, e onde a disponibilidade sobre o procedimento, portanto, inexistiria.<sup>3</sup> Afinal, o processo não é “coisa das partes”.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> ARRUDA, Élcio. *Impactos do novo Código de Processo Civil no processo penal*. Op.cit., p.214, 218.

<sup>3</sup> Trata-se de uma percepção antiga na literatura. Por todos, ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: RT, 1973, p.85-88, 99-100, 104 ss. Essa lógica está sendo cada vez mais erodida, como se demonstrará, mas corresponde à doutrina tradicional nos sistemas europeu-continental. Na França, por todos, GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*. Paris: Litec, 2ª ed. 2002, p.1061: “L’indisponibilité du procès pénal recouvre plusieurs aspects, certains déjà rencontrés: (...) Les parties ne peuvent pas renoncer à l’avance à l’exercice d’une voie de recours ou acquiescer, par avance, au jugement qui sera rendu. Enfin, le procès pénal est totalement indisponible entre les mains des personnes poursuivies; il n’y a pas, en procédure pénale, de principe dispositif”.

<sup>4</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *Justiça penal pactuada: uma visão privada do sistema penal*, disponível em <http://emporioidireito.com.br/justica-penal-pactuada>, acessado em 05.07.2016.

Pois o escopo deste estudo é, de um lado, mostrar que tal conclusão, além de precipitada, é equivocada e vai na contramão da doutrina e da jurisprudência mundiais; e, de outro lado, explorar as possibilidades aplicativas dos negócios jurídicos processuais no processo penal.

## 2. Previsão de Inúmeras Convenções Processuais em Diversos Outros Ordenamentos Jurídicos

Em inúmeros ordenamentos jurídicos ao redor do planeta, admite-se, no processo penal, a renúncia e disposição de direitos pelo acusado ou investigado através de atos negociais.<sup>5</sup> Como se sabe, o negócio jurídico processual difere do ato jurídico processual porque, através do negócio jurídico, a parte atinge o efeito pretendido diretamente pela sua declaração de vontade, independentemente da intermediação de qualquer outro sujeito.<sup>6</sup>

Curioso que, no Brasil, muitos daqueles que negam a possibilidade das partes conformarem o procedimento por atos negociais costumeiramente citam institutos e a jurisprudência dos Estados Unidos da América como exemplo do que deve ser professado no processo penal brasileiro.

Pois, na jurisprudência norte-americana, é corriqueira, há bastante tempo, podendo mesmo ser afirmado tratar-se de lugar comum, a ideia de que direitos fundamentais processuais podem ser renunciados, mesmo no processo penal, desde que tal disposição seja *consciente* e *voluntária*. O que seria de espantar? O fato de tratar-se de um princípio constitucional? É maciço o reconhecimento de que a parte pode renunciar até mesmo à competência do tribunal do júri, mesmo em se tratando de garantia constitucional também prevista na Constituição estadunidense.<sup>7</sup> Entende-se que o direito ao julgamento pelo júri é uma situação jurídica (um direito) estabelecida em favor dos indivíduos, e que o acusado, de maneira consciente e voluntária, pode declarar que não deseja o julgamento pelo júri, mas sim pelo juiz togado. E esta manifestação de vontade de dispor de um direito seria

<sup>5</sup> MULLENIX, Linda S. Another choice of forum, another choice of Law: consensual adjudicatory procedure in: *Federal Court, Fordham Law Review*, nº 57, 1988, p.303: "Criminal procedure, in contrast, has devoted substantial attention to the idea that fundamental litigation rights cannot be forfeited in the absence of a knowing and voluntary waiver". A possibilidade de o investigado ou réu renunciar aos seus direitos no processo penal é amplamente aceita na literatura estadunidense. Cf. WARE, Stephen J. Arbitration Clauses, Jury-Waiver Clauses, and Other Contractual Waivers of Constitutional Rights. *Law and Contemporary Problems*, no 67, 2004, p.167.

<sup>6</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p.63 ss, 68 ss.

<sup>7</sup> Na doutrina, com amplas citações jurisprudenciais, THORNBURG, Elizabeth. Designer trials. *Journal of Dispute Resolution*, 2006, p.205; WARE, Stephen J. Arbitration Clauses, Jury-Waiver Clauses, and Other Contractual Waivers of Constitutional Rights. *Law and Contemporary Problems*, no 67, 2004, p.181; DIX, George E. Waiver in Criminal Procedure: A Brief For More Careful Analysis. *Texas Law Review*, nº 55, 1977, p.193; SPRITZER, Ralph S. Criminal Waiver, Procedural Default and the Burger Court. *University of Pennsylvania Law Review*, nº 126, 1978, p.473; TIGAR, Michael E. The Supreme Court 1969 Term Foreword: Waiver of Constitutional Rights: Disquiet in the Citadel. *Harvard Law Review*, nº 84, 1970, p.1 ss; WESTEN, Peter. Away From Waiver: A Rationale for the Forfeiture of Constitutional Rights in Criminal Procedure. *Michigan Law Review*, nº 75, 1977, p.1214; STERNLIGHT, Jean R. Mandatory Binding Arbitration and Demise of the Seventh Amendment Right to a Jury Trial. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, nº 16, 2001, p.678, afirma que "waivers of constitutional rights not only must be voluntary but must be knowing, intelligent acts done with sufficient awareness of the relevant circumstances and likely consequences."

válida.<sup>8</sup> De fato, no caso *Byrd v. Blue Ridge Rural Electrical Cooperative*,<sup>9</sup> a Suprema Corte dos EUA decidiu que nada afeta o resultado de uma decisão judicial se é um júri ou um juiz togado quem decide as questões fáticas e jurídicas do caso.<sup>10</sup>

Nesse cenário, e partindo das premissas sobre a renunciabilidade do júri, nada mais natural seria também enxergar grande margem de negociação nas regras de competência em geral. E, ainda uma vez, no sistema estadunidense, várias decisões admitem que as partes possam, p. ex., renunciar à competência territorial, e o parâmetro para a interpretação dessas renúncias é ainda mais favorável à autonomia da vontade do que para a renúncia ao julgamento pelo júri.<sup>11</sup>

O movimento pela admissibilidade das convenções processuais no processo penal norte-americano vem ampliando, cada vez mais, as possibilidades de disposição de situações jurídicas processuais e de regras procedimentais. Nos EUA, a Suprema Corte decidiu, em *Francis v. Henderson*,<sup>12</sup> que interesses da administração da justiça podem levar à admissibilidade de disposição de direitos processuais no processo penal por meio de acordos das partes.<sup>13</sup> E essas convenções podem ser celebradas tanto no curso do processo jurisdicional já instaurado, como também na fase pré-processual, como por exemplo, na investigação, por meio de um instrumento convencional. Por exemplo, a jurisprudência tem admitido a renúncia à assistência de um advogado nos atos do processo.<sup>14</sup>

Por outro lado, como já tivemos oportunidade de salientar em monografia específica sobre o tema, há um tipo de convenção processual que pode ser denominada “protocolo institucional”, firmado coletivamente por instituições (tribunais, OAB, associações de peritos) e destinada a desenhar, através de instrumentos consensuais de base negocial, formalidades para a prática de atos processuais. Trata-se de um outro tipo de convenção que tem sido observada ao redor do mundo como meio de gestão procedimental (*case management*) para emprestar maior eficiência à tramitação do processo.<sup>15</sup>

<sup>8</sup> No Brasil, ARAS, Vladimir. Renúncia ao julgamento pelo júri no processo penal brasileiro. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELLELA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2015, p.596 ss. FORTI, Iorio Siqueira D'Alessandri. O tribunal do júri como garantia fundamental, e não como mera regra de competência: uma proposta de reinterpretação do art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. III, 2009, p. 178-196.

<sup>9</sup> *Byrd v. Blue Ridge Rural Electrical Cooperative*, 356 U.S. 536.

<sup>10</sup> THOMLEY, Brian S. Nothing is sacred: why Georgia and California cannot bar contractual jury waivers in Federal Court. *Chapman Law Review*, nº 12, 2008, p.148 ss.

<sup>11</sup> Confira-se *Brady v. United States* (397 U.S. 742, 748 [1970]); *United States v. Carreon-Palacio*, 267 F.3d 381, 391 (5th Cir. 2001) (“The standard for finding a waiver of venue rights is much more relaxed than the rigorous standard for finding waivers of the right to trial by jury, the right to confront one’s accusers[,] or the privilege against compulsory self incrimination”), citando o caso *United States v. Winship*, 724 F.2d 1116, 1124 (5th Cir. 1984)). Essa tendência faz repensar a tradição romano-germânica na matéria, de exigir que as regras de competência sejam fixadas em lei em sentido formal (regra legislatada), o que poderia levar a uma inadmissibilidade genérica de qualquer convenção sobre a competência. Por todos, HENKEL, Joachim. *Der gesetzliche Richter*. Universidade de Gotinga: Tese de Doutorado, 1968, p.127 ss.

<sup>12</sup> *Francis v. Henderson* 425 U.S. 536 (1976).

<sup>13</sup> Na doutrina, SZUCH, Armanda R. Reconsidering contractual waivers of the right to a jury trial in Federal Court. *University of Cincinnati Law Review*, no 79, 2010, p.453.

<sup>14</sup> LaFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. *Criminal Procedure*. St. Paul: Thomson West, 4ª ed., 2004, p.586-587.

<sup>15</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Op. cit., p.56, 84.

E essas técnicas têm sido difundidas amplamente ao redor do planeta. De fato, no processo penal contemporâneo, admite-se mais e mais a disposição de direitos processuais por meio de negócios jurídicos unilaterais ou bilaterais. E o fenômeno de atos negociais definindo o procedimento criminal não é exclusivo dos Estados Unidos da América. Negócios jurídicos são praticados em muitos outros países, tanto de tradição anglo-americana,<sup>16</sup> quanto de base romano-germânica.<sup>17</sup>

Essas rápidas considerações, além de mostrarem que talvez a resistência aos acordos processuais para definir o procedimento judicial seja um mito, evidenciam também que ordenamentos jurídicos, que há muito tempo inspiram a doutrina e jurisprudência brasileiras, já avançaram a respeito da matéria, devendo o tema merecer atenção e dedicação da doutrina brasileira, até porque a análise dos negócios jurídicos processuais tem sido absolutamente negligenciada por aqui.<sup>18</sup> De fato, a doutrina brasileira não só parece não admitir os acordos processuais no processo penal, mas se omite até mesmo de examinar o tema.<sup>19</sup>

Nos próximos tópicos, tentaremos demonstrar que a autocomposição não é uma exclusividade do processo de interesses privados, sendo comum ao processo civil de interesses públicos, ao direito e ao processo do trabalho, ao processo administrativo sancionador e, também ao direito penal e ao processo criminal.

### 3. Convencionalidade em Campos do Direito Processual Público

Tradicionalmente, a literatura processual sempre foi muito arredia em admitir os negócios jurídicos processuais, utilizando-se vários argumentos: por ser ramo do direito público, no processo só haveria normas cogentes; a fonte da norma processual seria apenas a regra legislada; qualquer negócio jurídico envolveria necessariamente prerrogativas do juiz; e, para o que nos interessa no presente trabalho, que não haveria espaços de consensualidade ou convencionalidade no direito público e, portanto, no processo penal.

<sup>16</sup> Na Índia, p. ex., admite-se que uma parte que acredite que possa ser presa no futuro, antecipe em juízo um requerimento de fiança (chamado de “anticipatory bail”). Veja-se: Know Your Law: Anticipatory Bail, available at <http://www.ourkarnataka.com/Articles/law/anticipatorybail.htm>, acessado em 21.04.2016.

<sup>17</sup> Sobre essa tendência, na Suíça SCHMID, Niklaus. *Strafprozessrecht: Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes*. Zúrique: Schulthess, 4a ed., 2004, p.32 ss. Na Alemanha, KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. Heidelberg: Müller, 7ª ed., 2007, p.430 ss, 459-460. Na Suécia, admite-se renúncia ao júri, já tida por válida pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso Holm contra Suécia, j. 25.11.1993.

<sup>18</sup> Sobre a reconstrução histórica a respeito do desenvolvimento do tema na literatura e na jurisprudência, confira-se o nosso CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Op. cit., p.97-135.

<sup>19</sup> Não saberíamos dizer as razões para esse vácuo na literatura – e tampouco se pode generalizar –, mas talvez haja desinteresse, negligência acadêmica ou completo desconhecimento do tema. É possível também que esteja subjacente a este vazio doutrinário um certo receio profissional de alguns setores contrários aos instrumentos de base convencional, que expõem, academicamente, pontos de vista que são *contra legem* e vão na contramão da quase totalidade dos ordenamentos processuais penais do mundo. Muitas vezes, a argumentação descamba para a pura ideologia (com argumentos do tipo “a colaboração premiada é inconstitucional”, algo que na América do Norte e na Europa nem seria levado a sério), ou vem justificado em concepções distorcidas das garantias fundamentais. Às vezes, as alegações parecem partir do medo não explicitado que a autocomposição em geral reduza as vantagens que muitas vezes o réu sem razão conseguia pela demora excessiva dos procedimentos criminais.

Normalmente, associam-se os “negócios jurídicos” aos contratos privados; e, por incluir-se no campo do direito público, o processo em geral – e o processo penal em especial – não admitiriam opções negociais. A noção de contrato seria voltada ao direito privado e alheia ao direito público e, portanto, ao processo.<sup>20</sup>

Em nosso sentir, trata-se de uma premissa antiquada e inadequada ao direito contemporâneo. Apesar de sua natureza pública, o processo não é infenso aos acordos e convenções. Josef Kohler, em obra clássica sobre os acordos processuais, já afirmava que o contrato não é apenas uma figura do direito civil, mas que pode nascer e se desenvolver em qualquer ramo do Direito, podendo verificar-se também no direito público, e assim no direito processual.<sup>21</sup>

Atualmente, ao mesmo tempo em que, no direito privado, afirma-se a constante inserção de valores publicistas,<sup>22</sup> admite-se que o contrato e o acordo também passaram a ser figuras do direito público. Friedrich Carl von Savigny, há mais de 150 anos, já afirmava que o contrato era um instrumento presente no direito público e no direito internacional.<sup>23</sup> De fato, há mais de um século que a contratualização é um fenômeno que escapou da seara do direito privado e ingressou também em campos publicistas, trazendo para estes foros mecanismos de cooperação entre Estado e indivíduo na produção normativa.<sup>24</sup> Hoje é patente que a conduta pública (em geral, e não apenas no processo) está hoje contratualizada,<sup>25</sup> mesmo no direito do Estado (p. ex., no campo das relações administrativas)<sup>26</sup> e no direito do trabalho, espaços onde sempre se concebeu haver forte intervenção pública e restrições à autonomia da vontade.<sup>27</sup>

<sup>20</sup> CARNELUTTI, Francesco. Contratto e diritto pubblico, in: *Studi in onore di Alfredo Ascoli*. Messina: Giuseppe Principato, 1931, p.9; SATTÀ, Salvatore. *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*. Milano: Vita e Pensiero, 1931, p.47.

<sup>21</sup> KOHLER, Josef. Ueber processrechtliche Verträge und Creationen. In: *Gesammelte Beiträge zum Civilprozess*. Berlin: Carl Heymanns, 1894, p.127: “Der Vertrag ist nicht nur eine Rechtsgestalt des Civilrechts, er ist eine Rechtsfigur, welche jedes Rechtsgebiet aus sich erzeugen wird, wo immer der Initiative des Individuums ein hervorragender Einfluss im Rechtsleben gestattet wird: es giebt Verträge des publicistischen Rechts, wie es solche des Privatrechts giebt; es giebt auch Verträge des Processrechts – Verträge, welche, obgleich Privatgeschäfte, ihren Einfluss auf den Process ausüben – ich sage Privatgeschäfte, Privatactes d.h. autoritätslose Acte, bei welchen lediglich die Vertragsunterwerfung massgebend ist, aber Privatactes, welche kraft dieser Vertragsunterwerfung den Process beeinflussen”. No direito público alemão, é antiga a mesma lição em autores do quilate de JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Freiburg im Breisgau: J.C.B. Mohr, 1912, p.198 ss, 208.

<sup>22</sup> RAISER, Ludwig. *Vertragsfreiheit heute*, *Juristen Zeitung*, ano 13, nº 1, jan., 1958, p.1.

<sup>23</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl. *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Veit & Comp., vol.II, 1853, p.7.

<sup>24</sup> CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David. Le système juridique français à l'ère de la contractualisation, in: CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David. *La contractualisation de la production normative*. Paris: Dalloz, 2008, p.8.

<sup>25</sup> CAILLOSSE, Jacques. Interrogations méthodologiques sur le ‘tournant’ contractuel de l'action publique: les contrats publics entre théorie juridique et sciences de l'administration. In: CLAMOUR, Guylain; UBAUD-BERGERON, Marion (Org.). *Contrats Publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*. Montpellier: Presse de la Faculté de Droit, vol. II, 2006, p.471.

<sup>26</sup> GAUDIN, Jean-Pierre (Org.). *La négociation des politiques contractuelles*. Paris: L'Harmattan, 1996, *passim*.  
<sup>27</sup> WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. *Verwaltungsrecht*. München: C.H.Beck, vol.II, 6ª Ed., 2000, p.200 ss, 210, ss. GROMITSARIS, Athanasios. *Kontraktualisierung im öffentlichen Recht*. Jahrbuch des öffentlichen Rechts, vol.57, 2009, p.255-299. TRIMARCHI, Vincenzo Michele. Accordo (teoria generale). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, vol.I, 1958, p.297-299. CAILLOSSE, Jacques. *Interrogations méthodologiques sur le ‘tournant’ contractuel de l'action publique: les contrats publics entre théorie juridique et sciences de l'administration*, *Op.cit.*, p.474, 476; MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München: C.H. Beck, 16ª ed., p.55.

Por outro lado, o processo civil de interesses públicos,<sup>28</sup> tradicionalmente arisco às soluções negociadas, há muito vem se rendendo à mediação, conciliação etc. Trata-se da vitória da concepção atualmente disseminada que reconhece uma disponibilidade parcial dos interesses públicos, desfazendo a equivocada compreensão de que o interesse, por ser público, seria indisponível. Ao contrário, há graus de (in) disponibilidade e, em alguma medida, permite-se que mesmo as regras estabelecidas no interesse público sejam flexibilizadas.<sup>29</sup>

E na teoria geral do processo não deveria ser diferente. Lembremos os procedimentos de falência, insolvência e recuperação judicial, nos quais há múltiplos interesses, públicos e privados, e existem muitos acordos processuais. Outros exemplos comuns de flexibilização e disposição de interesses públicos são a arbitralidade de conflitos da Fazenda Pública (art. 1º § 1º da lei de arbitragem),<sup>30</sup> a conciliação em causas do Estado (art.10, parágrafo único, da Lei nº 10.259/2001), a possibilidade de que não haja reexame necessário em condenações da Fazenda Pública abaixo de mil salários-mínimos para a União (art.494 § 2º do CPC), a ausência de ajuizamento de execução fiscal em alguns casos de pequeno valor (art.20 da Lei nº 10.522/2002; arts.7º e 8º da Lei nº 12.514/2011), dentre outros, só para citar o ordenamento brasileiro.

Também na Justiça do Trabalho, é comum encontrar a afirmação, por vezes genérica e irrefletida, de que os direitos dos empregados, individualmente considerados, são sempre indisponíveis. E o processo do trabalho, por tabela, seria normalmente mais orientado ao viés publicista e infenso às convenções processuais por considerar haver uma desigualdade intrínseca entre trabalhador e empregador. Contudo, grande parte da literatura tem admitido uma relativa disponibilidade das relações de trabalho,<sup>31</sup> e também o direito processual laboral tem se voltado para soluções negociais de índole convencional.<sup>32</sup> Assim, p. ex., o art.114 §2º da Constituição

<sup>28</sup> DUCAROUGE, Françoise. Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits: transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français. *Revue Française de Droit Administratif*, nº 1, jan-fev, 1996, p.86 ss.

<sup>29</sup> E mesmo nos campos do direito civil mais "publicizados", podemos ver evidentes exemplos. Um deles é o direito de família, que sempre foi o estatuto da ordem pública e da indisponibilidade no direito privado. Hoje, existem flexibilizações consensuais para a guarda de filhos menores, para o regime matrimonial e para o divórcio.

<sup>30</sup> Lei nº 9.307/96, na redação dada pela Lei nº 13.129/2015. Essa já era a concepção doutrinária mais difundida. Sobre o tema, RÔQUE, Andre Vasconcelos. A evolução da arbitralidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 33, abr-jun, 2012, p.307-319.

<sup>31</sup> Cf. RÔQUE, Andre Vasconcelos. *A arbitragem de dissídios individuais no Direito do Trabalho: uma proposta de sistematização*. Revista Fórum Trabalhista, vol. 1, nº 2, set-out, 2012, p.13 ss.

<sup>32</sup> Carolina Tupinambá afirma: "Sendo o processo do trabalho um instrumento dedicado à entrega de direitos decorrentes de relações de trabalho, possível extrair, destarte, como princípios próprios deste ramo processual os seguintes: (i) equilíbrio de armas processuais, eficaz tanto para a valorização do trabalho humano como para o estímulo à livre iniciativa; (ii) valorização do diálogo, com decorrente adaptabilidade de procedimentos, ampliação de acesso, preferências conciliatórias, simplificação e julgamento por equidade, máxime nas extensas omissões legais; e (iii) estabilidade da ordem social-econômica, a ser galgada pela segurança jurídica a partir da aceleração dos procedimentos e valorização de precedentes como fatores essenciais à previsibilidade, planejamento e pacificação social. (...) O processo do trabalho não deve proteger o trabalhador pela singela razão de que inexistente autorização legal ou principiológica para tanto, muito pelo contrário. O texto constitucional preza pelo equilíbrio de forças, pelo desenvolvimento social e econômico do país sobre uma ordem jurídica justa. Neste contexto, algumas regras que prestigiem gratuitamente um litigante em favor de outro se reputarão contrárias ao texto constitucional e, portanto, inválidas ou inconstitucionais, como se verá mais adiante. Deve informar o processo do trabalho uma sensível isonomia,



da República de 1988, alterado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, exige o acordo para a instauração de dissídio coletivo de natureza econômica.

Todas estas referências revelam uma clara tendência de reforçar as estruturas consensuais mesmo nas relações publicistas,<sup>33</sup> e demonstram que as soluções cooperativas podem conviver com ambientes de grande inserção de interesses públicos e sociais, como é, decerto, o direito processual.<sup>34</sup> No processo, evitando a lógica hierárquica e linear para o exercício de poder, que no publicismo é fulcrada em relações de sujeição, a consensualidade hoje pode ser atuada de maneira circular e pluralista por instrumentos de base convencional. Com efeito, o contrato hoje vai se modificando e estendendo seus domínios sobre terrenos que não eram explorados.<sup>35</sup> Surgem *nova negotia* e entre eles estão as convenções, aplicáveis a todos os ramos do direito processual.

#### 4. A tendência de Convencionalidade no Direito Penal e Sancionador

Este movimento pela contratualização ou convencionalidade chegou até o processo penal, campo do direito processual onde talvez sejam mais evidentes os interesses públicos. De fato, a justiça criminal clássica sempre foi imposta e não negociada, simbolizada na indisponibilidade da ação penal e no princípio inquisitivo, com a consequente prevalência do juiz.<sup>36</sup> Negavam-se prerrogativas das partes relacionadas à lógica dispositiva.

Todavia, contemporaneamente, a partir do modelo acusatório, tem aumentado a convencionalidade também do processo penal. Vê-se o crescimento de uma “justiça penal consensual”,<sup>37</sup> com reforço da autonomia da vontade que favorece a busca de

---

a tratar desigualmente os desiguais, possibilitando uma luta civilizada, *fair*, leal, com igualdade de armas. A predileção pelo trabalhador deverá ceder lugar a uma gestão inteligente do processo em que a parte que realmente sinta dificuldades de fazer valer seus direitos possa ter voz ativa e oportunidade de influência no julgamento em condições de igualdade. (...) O procedimento mais maleável e aderente à realidade das partes, do direito material e da própria unidade judiciária em que tem curso a demanda é extremamente salutar. Em suma, nos embates que desafiam o processo trabalhista, a valorização do diálogo importa, muitas das vezes, na superação do fim pelo meio, ou seja, o curso processual tem latente capacidade de evidenciar os fatores sociais e econômicos relevantes para a solução da lide em si, bem como seus eventuais efeitos multiplicadores. (...) Em suma, as tendências recentes se orientam no sentido de se preferir a adequação à “pré-formatação” do procedimento. (...) Defendemos que o processo trabalhista estará melhor servido diante da possibilidade de escolha pelo juiz, em diálogo com partes, do procedimento que melhor lhes convier para a efetivação do direito discutido. (...) “o princípio da valorização do diálogo direciona o processo trabalhista para um clima informal, com espaço para a condução procedimental moldada para o conflito subjacente sem que implique afastamento de garantias processuais”. TUPINAMBÁ, Carolina. *Garantias do Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2014, p.61-62.

<sup>33</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?* O Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011, p.13 ss; WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. *Verwaltungsrecht*. Op.cit., p.201.

<sup>34</sup> Em termos de teoria geral do processo, vale lembrar que, em várias espécies de processo, subsiste um equilíbrio entre público e privado de maneira a tutelar direitos das partes e efetivar interesses da sociedade. Cf. CADTET, Loïc. *Ordre concurrentiel et justice*. In: *L'ordre concurrentiel: Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*. Paris: Frison-Roche, 2003, p.127.

<sup>35</sup> Neste sentido, já era o entendimento de BUNSEN, Friedrich. *Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts*. Berlin: Guttenlag, 1900, p.1-2.

<sup>36</sup> VAN DER KERCHOVE, Michel. *Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle*, in: CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David. *La contractualisation de la production normative*. Paris: Dalloz, 2008, p.189-191.

<sup>37</sup> PRADO, Geraldo. *Justiça penal consensual*, in: *Diálogos sobre a justiça dialogal. Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, *passim*.



resultados consertados entre os diversos sujeitos processuais (o agente criminoso, o Ministério Público, a vítima).<sup>38</sup> Surgem cada vez mais possibilidades de mediação penal,<sup>39</sup> composição amigável dos danos entre agente e vítima, inclusive com aplicação participativa e negociada da pena.<sup>40</sup>

Nos ordenamentos do *common law*, o instituto convencional mais conhecido é a *plea bargain* norte-americana.<sup>41</sup> Todavia, mais uma vez se deve frisar que este movimento é convergente também nos ordenamentos de *civil law*. Os institutos do *patteggiamento sulla pena* na Itália,<sup>42</sup> da *conformidad* na Espanha,<sup>43</sup> e os acordos sobre a sentença penal na Alemanha (§257c da *Strafprozessordnung*),<sup>44</sup> são exemplos da mesma tendência em países de tradição romano-germânica.<sup>45</sup> E, no Brasil, não podemos esquecer diversos institutos negociais e cooperativos como a colaboração premiada (art.16, parágrafo único, da Lei nº 8.137/1990; art.8º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/1990, art.8º, parágrafo único, da Lei nº 9.807/1999; recentemente reforçados pelos arts. 3º, I e 4º §4º da Lei nº 12.850/2012), a transação penal, suspensão condicional do processo, composição civil dos danos (arts.74, 76, 89 da Lei nº 9.099/95; arts.27 e 28 Lei nº 9.605/1998).<sup>46</sup>

A mesma tendência se percebe no processo sancionador brasileiro. O termo de compromisso para as infrações nos mercados de capitais (art.11 §5º da Lei nº 6.385/76),

<sup>38</sup> PIN, Xavier. *Le consentement en matière pénale*. Paris: LGDJ, 2002, *passim*; McTHENIA, Andrew W.; SHAFFER, Terry L. For reconciliation, in: *Yale Law Journal*, nº 94, 1985, p.1660 ss; SALVAGE, Philippe. Le consentement en droit pénal, in: *Revue de Science Criminelle*, 1991, p.699; TULKENS, Françoise; VAN DER KERCHOVE, Michel. La justice pénale: justice impose, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée?, in: *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1996, p.445; PIERANGELLI, José Henrique. *Consentimento do ofendido na teoria do delito*. São Paulo: RT, 1989, p.67 ss; ANDRADE, Manuel Costa. *Consentimento e acordo no direito penal*: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra ed., 1991, p.382 ss.

<sup>39</sup> CARTIER, Marie-Elisabeth. Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale. *Revue Générale des Procédures*, 1998, p.1 ss; DE LAMY, Bertrand. Procédure et procédés (propos critiques sur la contractualisation de la procédure pénale), in: CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David. *Approche critique de la contractualisation*. Paris: LGDJ, 2007, p.149 ss. CHEMIN, Anne. Le rapport sur la "justice de proximité": des propositions "faciles à mettre en oeuvre". *Le Monde*, 26.02.1994.

<sup>40</sup> Falamos aqui da participação na formação do juízo sobre a pena aplicável, e não apenas na responsabilização, ou seja, não se trata somente de buscar o arrependimento do próprio apenado. Neste sentido, VAN DER KERCHOVE, Michel. *Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle*, *Op.cit.*, p.198.

<sup>41</sup> LaFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. *Criminal Procedure*. *Op.cit.*, p.678-680, 994; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. *Op.cit.*, p.17 ss.

<sup>42</sup> A aplicação de pena por requerimento conjunto das partes (art.444-1 do *Codice di Procedura Penale* italiano). CHIAVARI, Mario. Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit pénal. *Revue Internationale de Droit Comparé*, ano 49, nº 2, abr-jun, 1997, p.427 ss. *Idem*, *La justice négociée: une problématique à construire*. Archives de Politique Criminelle, nº 15, 1993, p.27 ss. Muito tempo atrás, Leone já admitia os negócios processuais no Processo Penal: LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. Napoli: Pipola, 1954, p.142 ss.

<sup>43</sup> A *conformidad* traduz-se numa declaração de vontade emitida pelo arguido em processos abreviados, pela qual se declara conformado com a qualificação mais grave formulada pelo acusador e com a pena solicitada pelo MP, sempre que esta não seja maior que seis anos de prisão (*Ley de Enjuiciamiento Criminal*, arts. 695 ss, 787, 801, entre outros). Na doutrina, Cf. RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *El consenso en el proceso penal español*. Barcelona: Bosch, 1997, *passim*.

<sup>44</sup> PETERS, Julia. Urteilsabsprachen im Strafprozess: Die deutsche Regelung im Vergleich mit Entwicklungen in: England & Wales, Frankreich und Polen. Göttingen: Universitätsverlag, 2011.

<sup>45</sup> Na Argentina, MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2ª ed., 3ª reimpressão, 2004, p.836-841 - oportunidade ganha espaço em ordenamentos de tradição romano-germânica, razões de eficiência, ferramenta para racionalizar o sistema judiciário

<sup>46</sup> Contra, numa visão que entendemos, com a devida vênia, inadequada ao direito processual contemporâneo, JARDIM, Afrânio Silva. *Justiça penal pactuada: uma visão privada do sistema penal*, disponível em <http://emporiadodireito.com.br/justica-penal-pactuada>, acessado em 05.07.2016.

o compromisso de cessação e o acordo de leniência nas infrações à ordem econômica (arts.85 e 86 da Lei nº 12.529/2011), este último também previsto na recente legislação anticorrupção (arts.16 e 17 da Lei nº 12.846/2013), são todos expressão dessa mesma constelação de ideias, e apontam no sentido da convencionalidade em torno deste tipo de pretensão.

### 5. A possibilidade de Negociação em Improbidade Administrativa

O art.17 §1º da Lei nº 8.429/92 restringe as possibilidades de transação ou acordos em matéria de improbidade administrativa. A respeito, a doutrina sempre se dividiu. Alguns autores, seguindo uma interpretação mais conservadora da lei, identificavam uma total impossibilidade de celebração de acordos.<sup>47</sup> Esse entendimento, *data venia*, nunca foi o mais adequado, muito menos à luz das inúmeras modificações que o ordenamento jurídico brasileiro sofreu desde então.

De fato, a lei de improbidade administrativa, embora seja muito atual ainda hoje, foi elaborada no início da década de 1990, publicada em 1992. De lá pra cá, houve uma intensa guinada do ordenamento jurídico na direção da consensualidade e convencionalidade, como vimos. Até mesmo a pretensão penal passou a ser em grande medida objeto de acordo. É verdade que um ato ilícito que leve à sanção de improbidade nem sempre repercutirá na esfera penal. Mas é muito comum que isso aconteça: normalmente, pelo fenômeno chamado de “incidência múltipla”, uma mesma conduta atrairá a incidência de normas penais, civis e administrativas, com uma intercomunicação dos respectivos regramentos processuais.<sup>48</sup> Nestes casos, repita-se, frequentes no campo da improbidade administrativa, seria curioso que a pretensão punitiva criminal pudesse ser transacionada, convencionaada, mas a pretensão civil da improbidade não.

Por este motivo, muitos autores, enxergando esta incongruência e interpretando o sistema à luz das alterações legislativas que, posteriormente à edição da Lei nº 8.429/92, sinalizaram para uma convencionalidade cada vez mais crescente, passaram a admitir, em algum grau, a disponibilidade no campo da improbidade administrativa.<sup>49</sup>

E esta possibilidade parece-nos ainda mais evidente depois da edição da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que, em seus arts.16 e 17, prevê a celebração de acordos de leniência com os infratores que praticaram o ato ilícito.<sup>50</sup> A toda evidência, o âmbito de aplicação da Lei nº 12.846/2013 tem interseção com o da Lei nº 8.429/92.<sup>51</sup>

<sup>47</sup> NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade administrativa*. Niterói: Impetus, 2009, p.173-174.

<sup>48</sup> Sobre o tema, CABRAL, Antonio do Passo. O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art.387, IV do CPP. In: *Revista Forense*, vol.105, 2009, p.33 ss.

<sup>49</sup> Corretos GOMES JR., Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et alii* (Org.). *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 3ª Ed., 2012, p.317 ss.

<sup>50</sup> FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na Lei de Combate à Corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Lei anticorrupção*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p.263 ss.

<sup>51</sup> Ambas as leis possuem esferas de aplicação autônomas, como afirma o art.30 da Lei nº 12.846/13, mas suas sanções podem ser cumuladas. Neste sentido, com razão, QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização judicial da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ,

A correção dos atos de improbidade decorrentes de corrupção denota, ainda uma vez, a clara opção do legislador brasileiro por permitir acordos em matéria de improbidade administrativa.

Mais recentemente, em dezembro de 2015, a medida provisória nº 703 revogou o §1º do art.17 da Lei nº 8.429/92, reforçando ainda mais esta tendência e se somando aos argumentos para chegarmos à conclusão da aplicabilidade da autocomposição em geral, e dos acordos processuais em especial, às ações de improbidade administrativa. A medida provisória acabou não sendo convertida em lei, perdendo sua eficácia e substituída por um outro projeto de lei.<sup>52</sup> A par disso, entendemos que o ordenamento processual atual admite acordos processuais em matéria de improbidade administrativa pelos argumentos já trazidos no corpo do texto.

## 6. Ações Coletivas e Termo de Ajustamento de Conduta

Não podemos esquecer também do regramento genérico para as ações coletivas, as quais, em razão dos interesses de uma comunidade substituída processualmente, possuem forte caráter publicístico (podendo ser ajuizadas por órgãos estatais, com restrições à disponibilidade etc.).<sup>53</sup>

A possibilidade de disposição sobre direitos coletivos existe, mas é restrita, pois o próprio direito coletivo não é de todo transacionável. Não obstante, alguns instrumentos legais permitem uma margem de negociação no que tange ao tempo e modo de cumprimento das obrigações legais.<sup>54</sup> Entre eles, o mais conhecido e

Ronaldo Pinheiro de. *Lei anticorrupção*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p.291 ss, 310 ss. Além do mais, pelo arts. 3º e 6º da Lei nº 8.429/92, os beneficiários dos atos de improbidade podem ser atingidos; e estes podem ser pessoas jurídicas. NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade administrativa*. Op.cit., p.36 ss.

<sup>52</sup> A não conversão da medida provisória em lei, todavia, talvez tenha se dado pela instabilidade política que vive o país neste momento. De fato, no Congresso Nacional, que vive o curso do processo de *impeachment* da Presidente da República, muito se discutiu a respeito da proposta do governo de ampliar benefícios para empresas envolvidas no caso conhecido como a “Operação Lava Jato”. O impasse levou a que se expirasse o prazo constitucional de vigência das medidas provisórias sem que houvesse sua conversão em lei.

<sup>53</sup> Alguns entendem que correspondem ao meio termo entre interesses públicos e privados. Neste sentido, Cf. CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di grupo davanti alla giustizia civile. *Rivista di Diritto Processuale*, vol.30, 1975, p.372; GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista de Processo*, vol.14, abr., 1979, p.31. A exceção que se faz, entre os interesses coletivos em sentido amplo, é aos direitos e interesses individuais homogêneos, que possuem titulares identificáveis, objeto divisível e são disponíveis. Cf. MATTOS NETO, Antônio José. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da Lei de Arbitragem. *Revista de Processo*, nº 122, abr., 2005, p.151-166.

<sup>54</sup> Parte da doutrina tem relevado a indisponibilidade dos interesses e direitos coletivos. DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, vol. IV, 9ª ed., 2014, p.109-110: “(...) o processo coletivo vem contaminado pela ideia de indisponibilidade do interesse público. Esta indisponibilidade não é, contudo, integral, há uma ‘obrigatoriedade temperada com a conveniência e oportunidade’”. Para alguns, haveria inclusive possibilidade de uso da arbitragem nestes casos. Cf. GONÇALVES, Eduardo Damião. O papel da arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. In: LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; Martins, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares* in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007, p. 155; ROCHA, José de Albuquerque. *Lei de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 35-36, sem enfrentar o caso dos direitos individuais homogêneos: “A lei de arbitragem, como sabemos, não se refere às matérias indisponíveis, de modo que é preciso uma pesquisa no ordenamento jurídico para saber quais os direitos que classifica como indisponíveis. Diríamos não poderem ser objeto de arbitragem, entre outros, os conflitos envolvendo: (...)”

utilizado é o termo de ajustamento de conduta (previsto no art. 5º § 6º da Lei nº 7.347/1985).

Existem inúmeras controvérsias doutrinárias a respeito do TAC, sobretudo sobre sua natureza jurídica (se seria transação de direito material ou processual) e a margem permitida de negociação sobre os direitos ou interesses coletivos.<sup>55</sup> A doutrina majoritária não considera o TAC uma forma de transação, mas um ato administrativo negocial, ao argumento de que, nas ações coletivas, o legitimado extraordinário não é o titular do direito alegado (que tem natureza transindividual) e, portanto não poderia negociar porque não teria disponibilidade sobre o direito material subjacente.<sup>56</sup> Não podemos concordar com este entendimento. Parece-nos evidente que há negociação nas ações coletivas no que tange ao modo e ao tempo da reparação do dano coletivo, sempre com vistas à máxima efetividade da tutela destes interesses. Nesse sentido, ainda que indisponível em algum grau, este dado não impede a negociação.<sup>57</sup>

(f) interesses difusos, por terem objeto indivisível e sujeitos indetermináveis; entretanto, em princípio, nada obsta a arbitralidade dos interesses coletivos, inclusive porque pertencem a grupo social determinado ou determinável etc.” No mesmo sentido, inclusive para matéria ambiental, que corresponderia a um direito difuso, Cf. LIMA, Bernardo. *A arbitralidade do dano ambiental*. São Paulo: Atlas, 2010, p.52; ALVES, Rafael Francisco. *A arbitragem no Direito Ambiental: a questão da disponibilidade de direitos*. In: SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Solange Teles da; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Org.). *Processos coletivos e tutela ambiental*. Santos: Leopoldianum, 2006, p. 210-211: “Tomando-se o direito ambiental como uma disciplina jurídica que abrange tanto os direitos difusos e coletivos, quanto os individuais homogêneos e, enfim, os individuais propriamente ditos, como foi feito neste trabalho, é possível dizer que, em tese, a arbitragem pode ser utilizada em conflitos que envolvem os últimos, não pode ser utilizada tendo os dois primeiros como objeto, dada a sua indivisibilidade e indisponibilidade, e quanto ao terceiro, poderá ser utilizada desde que a repercussão social do conflito não chegue ao ponto de justificar a intervenção do Ministério Público”. BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Teoria e prática da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 277-278: “(...) Dessa forma, o objeto da arbitragem consistirá em definir certos aspectos da reparação ou compensação, como tempo, modo, lugar e condições de cumprimento da obrigação pelo poluidor, estabelecendo a melhor maneira de restabelecer o equilíbrio ecológico do ambiente agredido ou, não sendo isso possível, a medida de responsabilidade de cada um na produção do resultado danoso ao meio ambiente, o que evidentemente não configura questão coletiva; para resolver conflitos que emergem de acidente ambiental e que atingem a esfera patrimonial de particulares e para solucionar questões relativas ao direito de vizinhança”.

<sup>55</sup> Sobre o tema, é lapidar a obra de RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 2011.

<sup>56</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. São Paulo: Atlas, 3ª Ed., 2001, p.137. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva 22ª Ed. 2009, p. 408: “É, pois, o compromisso de ajustamento de conduta um ato administrativo negocial por meio do qual só o causador do dano se compromete; o órgão público que o toma, a nada se compromete, exceto implicitamente, a não propor ação de conhecimento para pedir aquilo que já está reconhecido no título. Mas mesmo isto não é verdadeira concessão, porque, ainda que o órgão público a nada quisesse obrigar-se, e assim propusesse a ação de conhecimento, vê-la-ia trancada por carência, pois lhe faltaria interesse processual em formular um pedido de conhecimento, se já tem o título executivo”. Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 7ª Ed. 2009, p.222: “Podemos, pois, conceituar o dito compromisso como sendo o ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse público difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais”. CARNEIRO. Paulo Cezar Pinheiro. A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta previsto na lei que disciplina a ação civil pública. In: *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Vol. 1, nº 1, 1993, p. 265, conceituando-o como um “reconhecimento de um dever jurídico”.

<sup>57</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I V, Op.cit., p.293 ss.

Portanto, nos itens 3, 4, 5 e 6, tentamos demonstrar que, tanto no processo penal quanto no processo do trabalho, no processo sancionador e no processo civil de interesses públicos, há muito admite-se autocomposição sobre o direito material. Assim, no mesmo sentido, deve-se admitir negociação sobre o processo. Vejamos agora as novas tendências reforçadas pelo Código de Processo Civil de 2015.

## 7. O Novo CPC e os Mecanismos de Autocomposição dos Litígios

Essa ideologia de colaboração e consensualidade *já era*, há muito tempo, pregada pela literatura processual brasileira, extraída do ordenamento a partir dos princípios processuais da boa-fé, cooperação, contraditório, devido processo legal, entre outros.<sup>58</sup>

E toda essa elaboração teórica desenvolveu bases científicas que impactaram a tramitação legislativa do CPC/2015. Com efeito, o novo Código reforçou os mecanismos de autocomposição, incentivando as soluções cooperativas (art.6º) e negociadas (art.3º §§ 2º e 3º); positivou diversas disposições sobre conciliação e mediação nos tribunais (arts. 165 a 175); impôs ao juiz deveres de estímulo à autocomposição (139, V); criou uma audiência de conciliação ou mediação, posicionando os atos de defesa para um momento posterior (art. 334).

O novel Código de Processo Civil não só manteve a disposição equivalente ao art.158 do CPC de 1973, reproduzida no art.200 (já correspondente a uma cláusula geral de negociação processual), como também reproduziu acordos já previstos há décadas na legislação processual brasileira: eleição de foro (art. 63); suspensão convencional do processo (art.313, II), convenção sobre distribuição do ônus da prova (art.373 §§ 3º e 4º), entre outras. Além disso, ampliou os negócios processuais típicos. P. ex., instituiu o calendário processual (art.191), permitiu a redução convencionalizada de prazos peremptórios (art. 222 § 1º) e ainda introduziu uma *cláusula geral de convenções processuais* (art.190), anteriormente transcrita.

Essa ideologia claramente incentivadora das soluções negociais, parece-nos sinalizar para uma ampliação cada vez maior dos espaços de convencionalidade no direito processual brasileiro. E, pela aplicação analógica autorizada pelo art.3º do CPP, esta lógica deve incidir não só em relação ao direito processual civil de interesse público ou coletivo, mas também no que tange à definição do procedimento no processo penal.

<sup>58</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009, p.101-103; DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010; CUNHA, Leonardo Carneiro da. "O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro". *Revista de Processo*, vol. 209, jul, 2012, p.349-374; CABRAL, Antonio do Passo. "Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito", in: *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LX, nº 2, 2005; *Idem*, *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª Ed. 2010, p.103 ss, 207 ss; NUNES, Dierle José Coelho. "O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa", in: DIDIER JR., Fredie e JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. "A garantia do contraditório", in: *Revista Forense*, vol. 346, abr.-jun. 1999; *Idem*, *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

## **8. A Diferença entre Negócios Processuais e Negócios de Direito Material. A Indisponibilidade do Direito Não Impede a Negociação sobre o Processo**

Pois bem, vimos que, em muitos espaços publicistas existe alguma margem para autocomposição mesmo que se verifique alguma nota de indisponibilidade sobre o direito material. De fato, tanto no processo civil das causas do Estado, quanto no processo sancionador e no processo penal, há possibilidade de celebração de negócios jurídicos que representam algum grau de disposição sobre os direitos materiais envolvidos, ainda que estejamos em campos de forte presença de interesse público. O mesmo acontece nos termos (ou compromissos) de ajustamento de conduta nas ações coletivas e, em nosso sentir, também nas ações de improbidade administrativa.

E o mesmo se aplica aos negócios jurídicos sobre o *processo* penal. Com efeito, essa permeabilidade para os acordos existe hoje e deverá ser certamente alargada pela influência da normativa do novo CPC, admitindo-se, por aplicação analógica (art.3º do CPP), a validade e eficácia de acordos processuais das partes que fixarão, de maneira vinculativa para as partes e para o juiz, as formalidades do procedimento judicial. Ora, se a negociação é reconhecida, no processo penal, até mesmo para dispor dos interesses substanciais, entendemos que não deva haver óbice apriorístico para a negociação *em matéria processual*.

Note-se que, em se tratando de convenções atinentes a direitos processuais ou ao procedimento, não há propriamente a disposição de direitos materiais da coletividade. A disposição de direito processual não tem como reflexo necessário a mitigação do direito material cuja tutela é pretendida na relação jurídica processual. As convenções processuais que alteram a forma da citação, por exemplo, ou os negócios jurídicos pelos quais as partes renunciavam previamente a certos tipos de recurso ou meios de prova, não versam sobre o direito material subjacente e estão em campos em que a vontade dos litigantes já seria suficiente para abrir mão e dispor daqueles atos do processo: a parte pode não excepcionar a competência, pode não requerer meios de prova, não indicar testemunhas, tudo voluntariamente. Ora, se pode fazê-lo por atos negociais unilaterais, por que não o poderia por convenções processuais?

Portanto, neste tópico, queremos frisar que a indisponibilidade sobre o direito material não importa necessariamente na inadmissibilidade das convenções sobre o processo. Esta é uma pressuposição frequente, mas equivocada, que deve ser prontamente afastada. As convenções processuais são genericamente admissíveis em qualquer tipo de processo, e não se pode pregar sua invalidade ou descabimento genericamente pelo argumento da indisponibilidade do direito material subjacente. Caberá analisar sua validade e eficácia casuisticamente.

### 9. Algumas Diferenciações e Esboço de Critérios para a Convencionalidade: Processo Penal Condenatório e Não Condenatório, Ações Penais Públicas e Ações Penais Privadas

A fim de enxergar o espaço permitido de negociabilidade das formas do processo criminal, podem-se esboçar alguns critérios além daqueles que já expusemos para as convenções processuais no processo civil.<sup>59</sup>

Um primeiro corte que se pode fazer é buscar separar o processo penal condenatório daquele não condenatório. É frequente, no Brasil, o equívoco de discursar sobre o processo penal como se este fosse sempre formado a partir do exercício de uma ação penal pública incondicionada em que se veicula pretensão condenatória. Ora, nos mandados de segurança criminais, *habeas corpus*, revisão criminal, reabilitação etc., não se veicula pretensão punitiva, e é claro que o titular do direito invocado pode desistir da ação, do recurso, em suma, da situação processual de vantagem, e nestes processos é de admitir-se, *prima facie* e sem muita dificuldade, que as partes celebrem negócios jurídicos para modificar o procedimento, adaptando-o de acordo com as suas necessidades.

Por outro lado, mesmo no processo penal condenatório, devemos lembrar das ações penais privadas, nas quais o ajuizamento da pretensão punitiva é submetido não a um modelo de legalidade estrita (obrigatoriedade), mas de disponibilidade, ligado à conveniência e oportunidade do ofendido.<sup>60</sup> Nas ações penais privadas, nas quais o lesado pode optar por não ajuizar a pretensão, poder perdoar o agente que praticou o delito,<sup>61</sup> ou renunciar ao direito de queixa (art.49 do CPP),<sup>62</sup> e nas quais pode haver perempção (art. 60 do CPP), seria desarrazoado afirmar que, escolhendo propor a ação penal, o querelante não pudesse de maneira alguma interferir voluntariamente nas regras do procedimento. Portanto, na seara das ações penais privadas, também deve ser amplamente admitido o uso de convenções processuais.

A propósito, alguns dispositivos do Código de Processo Penal claramente denotam a possibilidade de que a vontade dos litigantes seja conforme as regras do procedimento. Por exemplo, na ação penal privada, o querelante tem a opção de preferir o foro do domicílio ou residência do réu, mesmo que conhecido o local da infração (art.73 do CPP). Ora, se esta escolha lhe é dada unilateralmente (e, portanto, trata-se de um negócio jurídico unilateral), entendo que possa ser firmado acordo processual no mesmo sentido.

<sup>59</sup> Não poderíamos reproduzir aqui, em texto de pequena extensão, a complexa formulação que elaboramos em CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Op. cit., cap.5, p. 249-340. Lá expusemos um método trifásico para concreção da cláusula geral de negociação processual, além de critérios gerais e específicos para analisar a validade e eficácia de uma dada convenção processual.

<sup>60</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª ed. 2011, p.106.

<sup>61</sup> Lembremos que o perdão é negocial (deve ser uma declaração aceita pelo querelado) e tem efeitos não apenas materiais, mas também processuais. Sobre o tema, Cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Op.cit., p.113 ss.

<sup>62</sup> Com a única ressalva de que a renúncia deve ser indivisível, estendendo-se a todos os agentes.



Por fim, não é de se excluírem, *a priori*, os acordos processuais nos casos de ações penais públicas. Nas ações penais públicas, não se pode negar, há uma rigidez maior da legislação, que por vezes quer impor um regime mais publicizado e infenso à autonomia da vontade. Por exemplo, os artigos 42 e 576 proíbem desistência da ação e do recurso, uma vez ajuizados ou interpostos, pelo Ministério Público. A desistência é um negócio jurídico unilateral e, em sendo este vedado por lei, também devemos excluir a promessa de desistência no processo penal. Lembremos também que as perícias no processo penal devem ser exclusivamente oficiais (art.159 do CPP),<sup>63</sup> e a lei expressamente exclui a participação das partes da nomeação do perito (art.276).<sup>64</sup> Assim, diante de disposição expressa, entendemos ser inaplicável o art. 471 do CPC, que prevê acordo típico para escolha do perito.

Não obstante, apesar de ser maior o grau de indisponibilidade na ação penal pública, não se deve concluir apressadamente pela inadmissibilidade *tout court* das convenções processuais. Sem embargo, como vimos, a indisponibilidade sobre o direito material não leva necessariamente à indisponibilidade sobre as situações jurídicas processuais. Note-se, p. ex., que, ainda que o MP não possa desistir de uma ação ou recurso que já tenham sido ajuizados ou interpostos, a legislação da colaboração premiada autoriza, há algum tempo, o *pactum de non petendo* criminal, i.e, a promessa acordada de que o Ministério Público não ajuizará ação penal contra o colaborador (arts. 3º, I e 4º §4º, ambos da Lei nº 12.850/2012). Permite também uma suspensão convencionada do prazo para oferecimento da denúncia (art.4º §3º da Lei nº 12.850/2012). Trata-se de convenções tipicamente previstas na legislação processual penal, e que são válidas e eficazes.

Não obstante, não é incomum ouvirmos opiniões que identificam nas ações penais públicas uma desigualdade intrínseca entre Estado e acusado, extraíndo-se da posição de fragilidade do indivíduo a impossibilidade de admitirmos negócios jurídicos no processo penal. Já tivemos oportunidade de discutir se efetivamente deveríamos partir de uma pressuposição genérica de desigualdade entre Ministério Público e investigado/réu em qualquer caso: em nosso sentir, se essa quebra de isonomia pode se verificar (e talvez se verifique em muitos casos envolvendo pessoas mais pobres), em muitos outros casos não se revela qualquer desigualdade (como sói acontecer quando os réus são pessoas abastadas, acompanhadas pelos melhores advogados do país). Não sendo nosso tema nesta sede, remetemos o leitor a outro texto de nossa autoria.<sup>65</sup>

<sup>63</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. *Reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008, p.182 ss.

<sup>64</sup> TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, vol.IV, 1959, p.284-286. Alguns autores, no Brasil, entendem que o art.276 foi superado pela nova redação do art.159 §3º do CPP, que prevê nomeação de assistentes técnicos pelas partes. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Op.cit., p.507. Não podemos concordar, pedindo vênias aos autores. Não se nega que as partes passaram a ter maior participação no procedimento pericial, que deve ser conduzido em contraditório. Todavia, não se confunde o perito com o assistente técnico, e a lei ainda atribui a escolha do perito exclusivamente ao juiz. Diante da letra da lei, entendemos, como explicado no corpo do texto, inaplicável o art.471 do CPC ao processo penal. No mesmo sentido, na Alemanha, por disposição expressa da StPO (§73), a nomeação do perito também é privativa do juiz (KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. Op.cit., p.494).

<sup>65</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª Ed. 2010, p.350-351.

Aqui queremos apenas destacar que o argumento da desigualdade, além de discutível, não serve para infirmar a convencionalidade no processo penal. Sem embargo, até nos casos em que o processo penal de fato confrontar um desvalido ao aparato repressor do Estado, mesmo então se deve sustentar a admissibilidade das convenções processuais. A justificativa para este posicionamento repousa na constatação de que a convenção processual pode *reforçar* a proteção que o ordenamento jurídico atribui aos bens com algum grau de indisponibilidade. Imaginemos que, numa ação penal pública, seja celebrada convenção processual para fixar um foro competente que importe em maior proximidade geográfica com a residência do investigado; ou um acordo para alargar os prazos que o réu teria para praticar atos do processo; ou uma convenção que amplie os meios de prova, ou que facilite, de qualquer maneira, o acesso à justiça do acusado. Seriam estes acordos inválidos, inadmissíveis, apenas por estarmos em um processo penal? Ou porque o acusado é mais fraco que o Estado? E seriam inválidos em qualquer caso, ainda que beneficiem o acusado?<sup>66</sup> Pensamos que não. Essas convenções seriam válidas, apesar da desigualdade, porque favoráveis à parte hipossuficiente.<sup>67</sup>

Outro campo de aplicação dos acordos processuais diz respeito à suspensão do processo penal. O art.94 do CPP admite que as partes requeiram a suspensão do processo em casos de prejudicial externa. Pensamos ser aplicável, por analogia e em combinação com este dispositivo da legislação processual penal, a disciplina do art.313, II do CPC: as partes podem, por convenção, suspender o processo.

Na disciplina do julgamento pelo tribunal do júri, o art.477 §1º do CPP, ao dispor sobre o tempo de sustentação em plenário de acusação e defesa, permite que as partes acordem entre si uma repartição do tempo global como melhor lhe aprouver. Trata-se claramente de um acordo processual.<sup>68</sup>

Deve-se recordar ainda o espaço das medidas assecuratórias. O art.139 do CPP dispõe que o depósito e administração de bens arrestados respeitarão a sistemática do processo civil. E os arts. 862 §2º e 869 do CPC permitem que as partes, em execução, escolham o administrador depositário.

Enfim, os exemplos são inúmeros e mostram que, mesmo em processos com algum grau de indisponibilidade sobre o direito material, e mesmo nas ações penais públicas, é possível a celebração de negócios jurídicos processuais. A questão é encontrar o equilíbrio entre a autonomia da vontade dos litigantes e a renunciabilidade dos direitos fundamentais envolvidos.

<sup>66</sup> A literatura tradicional, com afirmações genéricas, negava, por exemplo, convenções sobre os prazos, desconsiderando que esses acordos, além de adaptarem melhor o procedimento em função das necessidades das partes, podem favorecer o acusado. Na visão tradicional, restritiva, por todos, TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. Op.cit., p. 10.

<sup>67</sup> Trata-se, como já defendemos em outro trabalho, de conciliar uma abordagem que se oriente para o resultado da negociação (*outcome-based*), verificando se é ou não favorável ao vulnerável. Confira-se CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Op. cit., p.327 ss.

<sup>68</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. *Reforma do Código de Processo Penal*. Op.cit., p.100-101.

## 10. A Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público

Nesse cenário de evidente tendência de fortalecimento da cooperação, da consensualidade e dos negócios jurídicos, tanto de direito material quanto de direito processual, o Conselho Nacional do Ministério Público, em demonstração de estar na vanguarda desta temática no Brasil, editou, em dezembro de 2014, a resolução nº 118, referente aos mecanismos de autocomposição no âmbito do Ministério Público brasileiro.

A crise de sobrecarga nos serviços judiciários, que já tinha levado o Conselho Nacional de Justiça a editar resolução similar (Res. 125/2010), inspirou o Ministério Público a buscar também programas e ações efetivas no que tange à prevenção, resolução e pacificação de litígios de maneira extrajudicial, com mais celeridade e economia de recursos.

Desde os seus *consideranda*, passando pelas suas disposições específicas, a resolução reconhece que a adoção e o desenvolvimento de mecanismos de autocomposição pacífica dos conflitos é uma tendência mundial, decorrente do fomento a uma cultura de participação, diálogo, consenso e paz. Destaca que o acesso à justiça incorpora também a possibilidade de manejar outros mecanismos e meios autocompositivos de resolução dos conflitos e controvérsias, que podem ser utilizados pelo Ministério Público como garantia de proteção e de efetivação de direitos e interesses de repercussão social, mesmo que sejam indisponíveis; afirma que a autocomposição pode reduzir a litigiosidade nas causas do processo penal e do processo civil de interesse público (controvérsias envolvendo o Estado, nas ações coletivas, e nas ações e investigações penais pelas práticas restaurativas); ressalta que os meios autocompositivos levam ao empoderamento das partes na solução dos conflitos, diminuindo as relações de dependência do indivíduo em relação ao Estado (art.2º); invoca como base normativa para a negociação tanto regras legais do direito penal como do direito processual civil; e determina que deva ser uma política pública estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já existentes, consolidando-as, bem assim ampliar e aperfeiçoar o uso dos mecanismos de autocomposição no âmbito do MP (arts.1º, 4º).<sup>69</sup>

No seu art.1º, parágrafo único, a resolução atribui ao MP o dever de implementar e adotar mecanismos de autocomposição, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos. Em diversos dispositivos, a norma possibilita ao CNMP e a todos os órgãos e unidades do Ministério Público a realização de pesquisas e controle de metas, mapeamento de difusão de boas práticas, disponibilização de cursos de capacitação e treinamento, a promoção de publicações científicas e voltadas à *praxis* institucional. Determina, por outro lado, a inclusão de conteúdo sobre os meios de autocomposição nos concursos de ingresso na carreira, e a criação e manutenção de núcleos permanentes de incentivo à autocomposição (arts.6º , 7º).<sup>70</sup>

<sup>69</sup> A resolução estimula ainda que essas iniciativas sejam feitas por meio de convênios e consórcios com outras instituições. Assim, foi elaborado, pelo CNMP, em parceria com a ENAM/SJR/MJ, o “Manual de Negociação e Mediação” para membros do Ministério Público, que tem como objetivo orientar a atuação acerca das práticas autocompositivas.

<sup>70</sup> Estes núcleos deverão ser compostos por membros. Insta salientar que o Ministério Público do Estado do Acre foi pioneiro na implementação da resolução. Com vistas de incentivar os mecanismos autocompositivos

Entre as diversas espécies de atividades e métodos de autocomposição, a resolução destaca a negociação (art.8º), a mediação (arts. 9º e 10), a conciliação (arts.11 e 12), as práticas restaurativas (art.13 e 14) e, no que mais nos interessa, as convenções processuais, citadas juntamente com os outros tipos de mecanismos autocompositivos nos arts. 6º, IV e V, e 7º, e disciplinadas com maior detalhamento na Seção V, nos arts. 15 a 17.

Sem embargo, a resolução, em seu art.16, autoriza o membro do Ministério Público, nos limites do ordenamento jurídico, a celebrar acordos de natureza processual. Para além do direito material, o MP poderá convencionar com vistas a constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais. E poderá fazê-lo em qualquer fase da investigação ou durante o processo, isto é, poderá celebrar convenções processuais prévias ou incidentais.

No art.15, a resolução recomenda o uso das convenções processuais quando o procedimento tiver que ser adaptado ou flexibilizado para permitir adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, bem assim quando permitir resguardar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais relacionados com o acordo.

Em seguida, no art. 17, a resolução nº 118 dispõe que as convenções processuais devem ser celebradas de maneira dialogal e colaborativa, com o objetivo de restaurar a convivência harmônica entre os envolvidos, promovendo a pacificação do conflito. O mesmo art.17 afirma que as convenções processuais podem ser inseridas e documentadas em cláusulas de termo de ajustamento de conduta. Segue-se, portanto, não só a tendência de ampliação da convencionalidade na tutela coletiva, mas também se pode visualizar um evidente avanço nos instrumentos de atuação do MP, com uma previsão expressa de inclusão no TAC de acordos em matéria processual.

Nesse cenário, os acordos processuais em matéria penal podem ser inseridos, juntamente com disposições sobre o direito material, em qualquer instrumento convencional, como acordos de colaboração premiada, acordos de leniência ou outros instrumentos negociais com repercussão penal (pensemos aqueles do direito econômico, como o acordo de leniência dos arts. 86 e 87, parágrafo único, da Lei no 12.259/2012).

Por todo o exposto, pode-se afirmar que as inúmeras convenções processuais admissíveis no direito processual podem e devem ser celebradas pelos membros do MP e investigados ou acusados, de maneira a flexibilizar o procedimento, adaptando-o à vontade das partes, e imprimir eficiência à tramitação do processo penal.

Assim como no direito estrangeiro, são admissíveis acordos em matéria de competência, sobre as formalidades de atos processuais (como a citação, admitindo-se que seja, p. ex., feita por e-mail), convenções probatórias (sobre os meios de prova,

---

e reduzir a judicialização de processos, instituiu o Núcleo Permanente de Incentivo à Autocomposição (Ato do PGJ nº 7/2015, publicado no D.O do Estado do Acre em 12 de fevereiro de 2015). No seu art.3º, parágrafo único, incisos IX e X, o ato administrativo também remete às convenções processuais.

sobre o ônus da prova),<sup>71</sup> sobre a duração do processo (prorrogação ou redução convencional de prazos,<sup>72</sup> suspensão convencional do processo), acerca dos recursos (renúncia convencional a meios de impugnação), acordos em execução (sobre os meios executivos, sobre os atos de comunicação processual na execução),<sup>73</sup> enfim, cada um deles exigiria uma análise própria em texto específico. Aqui queremos apenas sugerir as inúmeras alternativas de aplicação do instituto.

## 11. Conclusão

A tendência do direito processual brasileiro, civil, penal, administrativo e do trabalho, vem na esteira das mais atuais tendências de favorecimento dos meios autocompositivos de solução de conflitos em todo o mundo, seguindo a orientação de décadas do ordenamento brasileiro de permitir convencionalidade mesmo em espaços de direito público.

A possibilidade de utilização dos acordos em matéria processual no processo penal são muitas, e caberá agora à doutrina e às partes (MP, querelantes, acusados e investigados) de todo o país o desenvolvimento de boas práticas que permitam explorar esta “nova fronteira” do direito processual e extrair desse mecanismo o melhor resultado para que o processo penal possa desenvolver-se da maneira que não só foi a desejada, mas que também seja a mais adequada para aqueles a quem se destina. Aliás, não é nunca demais lembrar que a jurisdição penal não é exercida para o próprio Judiciário, mas sim para resolver conflitos em sociedade, conduzidos em juízo pelos litigantes. A questão é buscar o equilíbrio entre as possibilidades de flexibilização e adaptação do procedimento com o núcleo essencial das garantias fundamentais processuais.<sup>74</sup>

<sup>71</sup> Sobre o tema, no processo civil, GODINHO, Robson. Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo CPC. São Paulo: RT, 2015.

<sup>72</sup> Alguns autores têm se manifestado que a disciplina dos prazos do CPC não se aplica ao processo penal porque incide o art.798 do CPP, que seria específico. Neste sentido, DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DUARTE, Zulmar; MACHADO, Marcelo Pacheco. Novo CPC e os prazos nos juizados, no processo penal e do trabalho, *in*: <http://jota.uol.com.br/novo-cpc-e-os-prazos-nos-juizados-no-processo-penal-e-no-processo-trabalho>, acessado em 20.04.2016. Outros afirmam que o “fantasma da prescrição” penal não recomenda, p. ex., a contagem do prazo processual em dias úteis, tal como previsto no CPC, para o processo penal. ARRUDA, Elcio. Impactos do novo Código de Processo Civil no processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 23, nº 92, out./dez, 2015, p.213. De fato, talvez neste ponto não seria o caso de o juiz aplicar, por analogia, as regras do CPC, não só porque há regra específica no CPP, como talvez a regra do processo civil pudesse prejudicar a efetividade do processo penal. Não obstante, inexistente vedação expressa ou regra específica no CPP a respeito de convenções processuais, o que permite dizer que, em sendo celebrada convenção sobre prazo, esta deveria ser considerada *prima facie* válida. Sobre o tema da validade *prima facie* dos negócios jurídicos processuais, Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Op. cit., p.144 ss, 253 ss.

<sup>73</sup> Além de outros instrumentos consensuais, como calendário para a prática de atos processuais (art.191 do CPC c.c. art. 3º do CPP).

<sup>74</sup> Este tema, dos mais palpitantes a respeito dos negócios jurídicos processuais, também não poderá ser aqui desenvolvido, pelo que remetemos o leitor ao nosso texto a respeito. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Op. cit., p. 249 ss.

## Bibliografia

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: RT, 1973.

ALVES, Rafael Francisco. A arbitragem no Direito Ambiental: a questão da disponibilidade de direitos. In: SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Solange Teles da; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Org.). *Processos coletivos e tutela ambiental*. Santos: Leopoldianum, 2006.

ANDRADE, Manuel Costa. *Consentimento e acordo no direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p.382 ss.

ARAS, Vladimir. Renúncia ao julgamento pelo júri no processo penal brasileiro. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELLELA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. São Paulo: Atlas, 3ª ed. 2015.

ARRUDA, Êlcio. Impactos do novo Código de Processo Civil no processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 23, nº 92, out./dez, 2015.

BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Teoria e prática da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BUNSEN, Friedrich. *Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts*. Berlin: Guttenlag, 1900.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

\_\_\_\_\_. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LX, nº 2, 2005.

\_\_\_\_\_. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª Ed. 2010.

\_\_\_\_\_. O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art.387, IV do CPP. In: *Revista Forense*, vol.105, 2009.

CADIET, Loïc. Ordre concurrentiel et justice. In: *L'ordre concurrentiel: Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*. Paris: Frison-Roche, 2003.

CAILLOSSE, Jacques. Interrogations méthodologiques sur le 'tournant' contractuel de l'action publique: les contrats publiques entre théorie juridique et sciences de l'administration. In: CLAMOUR, Guylain; UBAUD-BERGERON, Marion (Org.). *Contrats Publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*. Montpellier: Presse de la Faculté de Droit, vol. II, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di grupo davanti alla giustizia civile. *Rivista di Diritto Processuale*, vol.30, 1975.

CARNEIRO. Paulo Cezar Pinheiro. A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta previsto na lei que disciplina a ação civil pública. In: *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Vol. 1, nº 1, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. Contratto e diritto pubblico, in: *Studi in onore di Alfredo Ascoli*. Messina: Giuseppe Principato, 1931.

CARTIER, Marie-Elisabeth. Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale. *Revue Générale des Procédures*, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 7ª Ed. 2009.

CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David. Le système juridique français à l'ère de la contractualisation, in: CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David. *La contractualisation de la production normative*. Paris: Dalloz, 2008.

CHEMIN, Anne. *Le rapport sur la "justice de proximité": des propositions "faciles à mettre en oeuvre"*. Le Monde, 26.02.1994.

CHIAVARIO, Mario. La justice négociée: une problématique à construire. *Archives de Politique Criminelle*, nº 15, 1993.

\_\_\_\_\_. Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit pénal. *Revue Internationale de Droit Comparé*, ano 49, nº 2, abr-jun, 1997.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 209, jul, 2012.

DE LAMY, Bertrand. Procédure et procédés (propos critiques sur la contractualisation de la procédure pénale), in: CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David. *Approche critique de la contractualisation*. Paris: LGDJ, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"?* O Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011.

DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, vol. IV, 9ª ed. 2014.

DIX, George E. Waiver in Criminal Procedure: A Brief For More Careful Analysis. *Texas Law Review*, nº 55, 1977.

DUCAROUGE, Françoise. Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits: transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français. *Revue Française de Droit Administratif*, nº 1, jan-fev, 1996.

FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na Lei de Combate à Corrupção. in: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Lei anticorrupção*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

FISCHER, Douglas; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª ed. 2011.

FORTI, Iorio Siqueira D'Alessandri. O tribunal do júri como garantia fundamental, e não como mera regra de competência: uma proposta de reinterpretção do art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. III, 2009.



GAUDIN, Jean-Pierre (Org.). *La negociation des politiques contractuelles*. Paris: L'Harmattan, 1996.

GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo CPC*. São Paulo: RT, 2015.

GOMES JR., Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et alii* (Org.). *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 3ª ed. 2012, p.317 ss.

GONÇALVES, Eduardo Damião. O papel da arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. In: LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; Martins, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista de Processo*, vol.14, abr., 1979.

GROMITSARIS, Athanasios. Kontraktualisierung im öffentlichen Recht. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, vol.57, 2009.

GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*. Paris: Litec, 2ª ed. 2002.

HENKEL, Joachim. *Der gesetzliche Richter*. Universidade de Gotinga: Tese de Doutorado, 1968.

JARDIM, Afrânio Silva. *Justiça penal pactuada: uma visão privada do sistema penal*, disponível em <http://emporiiododireito.com.br/justica-penal-pactuada>, acessado em 05.07.2016.

JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Freiburg im Breisgau: J.C.B. Mohr, 1912.

KOHLER, Josef. Ueber processrechtliche Verträge und Creationen. In: *Gesammelte Beiträge zum Civilprozess*. Berlin: Carl Heymanns, 1894.

KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. Heidelberg: Müller, 7ª ed. 2007.

LaFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. *Criminal Procedure*. St. Paul: Thomson West, 4ª ed. 2004.

LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. Napoli: Pipola, 1954.

LIMA, Bernardo. *A arbitralidade do dano ambiental*. São Paulo: Atlas, 2010.

MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2ª ed. 3ª reimpressão, 2004.

MATTOS NETO, Antônio José. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da Lei de Arbitragem. *Revista de Processo*, nº 122, abr., 2005.

MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München: C.H. Beck, 16ª ed. 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 22ª ed. 2009.

McTHENIA, Andrew W.; SHAFFER, Terry L. For reconciliation, in: *Yale Law Journal*, nº 94, 1985.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.

NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade administrativa*. Niterói: Impetus, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa, in: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. A garantia do contraditório, in: *Revista Forense*, vol. 346, abr.-jun. 1999.

\_\_\_\_\_. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª ed. 2011.

PETERS, Julia. *Urteilsabsprachen im Strafprozess: Die deutsche Regelung im Vergleich mit Entwicklungen in England & Wales, Frankreich und Polen*. Göttingen: Universitätsverlag, 2011.

PIERANGELLI, José Henrique. *Consentimento do ofendido na teoria do delito*. São Paulo: RT, 1989.

PIN, Xavier. *Le consentement en matière pénale*. Paris: LGDJ, 2002.

PRADO, Geraldo. Justiça penal consensual, in: *Diálogos sobre a justiça dialogal. Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização judicial da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Lei anticorrupção*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

RAISER, Ludwig. Vertragsfreiheit heute, *Juristen Zeitung*, ano 13, nº 1, jan, 1958, p.1.

ROCHA, José de Albuquerque. *Lei de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2008.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 3ª Ed. 2011.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *El consenso en el proceso penal español*. Barcelona: Bosch, 1997.

ROQUE, Andre Vasconcelos. A arbitragem de dissídios individuais no Direito do Trabalho: uma proposta de sistematização. *Revista Fórum Trabalhista*, vol. 1, nº 2, set-out, 2012.

\_\_\_\_\_. A evolução da arbitralidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 33, abr-jun, 2012.

SALVAGE, Philippe. Le consentement en droit pénal, in: *Revue de Science Criminelle*, 1991.

- SATTA, Salvatore. *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*. Milano: Vita e Pensiero, 1931.
- von SAVIGNY, Friedrich Carl. *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Veit & Comp., vol.II, 1853.
- SCHMID, Niklaus. *Strafprozessrecht: Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes*. Zurique: Schulthess, 4ª ed., 2004.
- SPRITZER, Ralph S. Criminal Waiver, Procedural Default and the Burger Court. *University of Pennsylvania Law Review*, nº 126, 1978.
- STERNLIGHT, Jean R. Mandatory Binding Arbitration and Demise of the Seventh Amendment Right to a Jury Trial, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, nº 16, 2001.
- SZUCH, Armanda R. Reconsidering contractual waivers of the right to a jury trial in Federal Court. *University of Cincinnati Law Review*, nº 79, 2010.
- THOMLEY, Brian S. Nothing is sacred: why Georgia and California cannot bar contractual jury waivers in Federal Court. *Chapman Law Review*, nº 12, 2008.
- THORNBURG, Elizabeth. Designer trials. *Journal of Dispute Resolution*, 2006, p.205;
- WARE, Stephen J. Arbitration Clauses, Jury-Waiver Clauses, and Other Contractual Waivers of Constitutional Rights. *Law and Contemporary Problems*, nº 67, 2004.
- TIGAR, Michael E. The Supreme Court 1969 Term Foreword: Waiver of Constitutional Rights: Disquiet in the Citadel. *Harvard Law Review*, nº 84, 1970.
- TRIMARCHI, Vincenzo Michele. Accordo (teoria generale). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffré, vol.I, 1958.
- TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, vol. IV, 1959.
- TULKENS, Françoise; VAN DER KERCHOVE, Michel. La justice pénale: justice impose, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée?, in: *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1996.
- TUPINAMBÁ, Carolina. *Garantias do Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2014.
- VAN DER KERCHOVE, Michel. *Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle*, in: CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David. *La contractualisation de la production normative*. Paris: Dalloz, 2008.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. São Paulo: Atlas, 3ª Ed. 2001.
- WESTEN, Peter. Away From Waiver: A Rationale for the Forfeiture of Constitutional Rights in Criminal Procedure. *Michigan Law Review*, nº 75, 1977.
- WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. *Verwaltungsrecht*. München: C.H.Beck, vol.II, 6ª Ed. 2000.